

عقد المقاولة*

مَهَيِّدٌ

لقد برز في الساحة العمرانية في مجال القوانين المدنية عقد جديد من عقود العمل وهو عقد المقاولة الذي جرى العرف فيه على هذه التسمية، عوضاً عن «عقد الاستصناع» وعن «إجارة الأعمال» وما يسمى باستئجار الأجير، حرصاً على رفع شأن العامل والإعراض عن تسميته بالأجير الذي يثير الحساسية والدونية.

وصار عقد المقاولة شاملاً كل أوجه تقديم المهن الحرة في ميدان العمل والصناعة، وخضع هذا العقد للأحكام الخاصة بالاستصناع، والأجير المشترك، وجرى العرف والاستحسان والتقنين على استعمال كلمة «البدل» لتشمل الثمن في الاستصناع، والأجر في إجارة الأعمال، لأن الاستصناع بيع شرط فيه العمل، وعمل الأجير الخاص أو المشترك في نطاق التسمية القديمة وهي الإجارة على الأعمال في مقابل إجارة المنافع أشبه أيضاً بالبيع، لأن الإجارة ماهي إلا بيع المنفعة.

وهذا ما جرت عليه القوانين المدنية الإسلامية كالقانون المدني

* مقدم إلى الدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، المنعقدة في الدوحة، بتاريخ ١١ - ١٦ / ١ / ٢٠٠٣ م.

الأردني والإماراتي والسوداني والكويتي^(١)، وصارت هذه القوانين أقرب ملاءمة للحاجات الحاضرة، والتطورات الاقتصادية الحديثة، والأعراف الواقعية التي لا تتعارض مع آية قرآنية أو سنة نبوية، على الرغم من تعدد أشكال المقاولة وصورها، وكثرة التعاقد بموجبها، وتأثيرها في اقتصاد البلاد وفي أوضاع العاملين في هذا المجال. وقد استنار واضعو هذه القوانين بالقوانين المصرية والسورية والعراقية.

وحسناً كان اقتراح بحث المقاولة في دورة مجمع الفقه الرابعة عشر، فذلك يتفق مع أهمية هذا العقد الاقتصادية والاجتماعية، ويشير عدة مسائل تتطلب معرفة أحكامها الشرعية في ضوء الخطة الآتية:

خطة البحث:

- تعريف عقد المقاولة في النظم المدنية ونطاقها.
- تكييف عقد المقاولة في الفقه بحسب التزام المقاول.
 - أ- تقديم المقاول العمل والمواد (الاستصناع).
 - ب- تقديم المقاول العمل فقط (الإجارة على العمل).
- صور إبرام عقد المقاولة:
 - أ- عقد المقاولة مباشرة بين المقاول والمستفيد.
 - ب- عقد المقاولة من الباطن (المقاول الثاني).
 - ج- عقد المقاولة مع تخلل مؤسسة مالية (عقد الاستصناع الموازي).
- صور تحديد البدل في المقاولة:

(١) انظر المذكرات الإيضاحية لهذه القوانين.

- أ- تحديد البدل بمبلغ إجمالي، وهي الصورة النمطية.
- ب- تحديد البدل بالتكلفة ونسبة ربح، حكم هذه الصور.
- ج- تحديد البدل على أساس سعر وحدة قياسية (متر مربع، متر مسطح...).
- حكم الإضافات والتعديلات.
- حكم تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز بدلاً من تواريخ محددة.
- أحكام المقاولة أو آثارها:
- أولاً- التزامات المقاول.
- ثانياً- التزامات صاحب العمل.
- انقضاء المقاولة.
- حكم الشرط الجزائي (مع الإحالة إلى قرار المجمع في الدورة الثانية عشرة).
- حكم البراءة من العيوب في المقاولة.
- حكم تحديد ضمان العيوب بمدة معينة، والبراءة بعدها.

تعريف عقد المقاولة في النظم المدنية ونطاقها

اتفقت القوانين المدنية الإسلامية على تعريف عقد المقاولة بما يأتي:
 المقاولة: عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر^(١).

(١) انظر (م ٦٦١) كويتي، (م ٧٨٠) أردني، (م ٨٧٢) إماراتي.

يدل هذا التعريف على أن المقاوله عقد معاوضة رضائي يلتزم فيه المقاول صناعة شيء كتمثال، أو أداء عمل كإقامة بناء وإشراف عليه، في مقابل التزام الطرف الآخر بتقديم بدل نقدي متفق عليه، إما شهرياً، وإما بنسبة معينة مثل (١٥ أو ١٠٪) من النفقات الفعلية.

أما تقديم مواد العمل فقد نصت هذه القوانين عليها، ووصفت كيفية المقاوله وقصرتها على حالتين بحسب التراضي أو الاتفاق:

١- إما أن يتعهد المقاول بتقديم العمل فقط، ويقدم صاحب العمل المادة المستخدمة أو المستعان بها في القيام بالعمل.

٢- وإما أن يتعهد المقاول بتقديم المادة والعمل، أي المادة التي تدخل في تركيب المصنع أو البناء مثلاً، مع القيام بالعمل الفعلي القائم على تقديم الأدوات والمواد الأولية كالإسمنت والحديد وأدوات أو آلات المصنع، وتشغيل العمال وتقديم الأجرة لهم.

وفي الحالتين يجب في عقد المقاوله وصف المحل وبيان النوع والمقدار وطريقة الأداء، ومدة الإنجاز، وتحديد مقدار البدل المدفوع في مقابل هذه الخدمات.

وهذه الأحكام صحيحة تتفق مع أحكام الاستصناع في فقهننا، فقد عرف الحنفية الاستصناع بأنه عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة^(١). فتكون المادة والعمل من الصانع، وقد يكون العمل فقط هو المعقود عليه، لأن الاستصناع: طلب الصنع، وهو العمل.

وينعقد الاستصناع بالإيجاب والقبول من المستصنع والصانع، وهو

(١) البدائع، ٢/٥، الفتاوى الهندية ٥٠٤/٤، فتح القدير ٣٥٥/٥، الدر المختار ورد المحتار (حاشية ابن عابدين) ٢٢٢/٤، مجلة الأحكام العدلية، المواد ٣٨٨، ٣٩٠، ٣٩١، ٤٢١، ٤٦٣، ٥٦٢.

عقد له شبهان: شبه بالسلم لأنه بيع لمعدوم، وأن الشيء المصنوع ملتزم عند العقد في ذمة الصانع البائع، ولكنه يختلف عنه في أنه لا يجب تعجيل الثمن فيه، ولا بيان مدة الصنع والتسليم، ولا كون المصنوع مما يوجد في الأسواق.

والشبه الثاني بالإجارة، لكنه يفترق عنها من حيث إن الصانع يضع مادة الشيء المصنوع من ماله.

والاستصناع: انفرد الحنفية بالقول بجوازه على نحو فيه سماحة وسعة، استحساناً لتعامل الناس وتعارفهم عليه.

أما بقية المذاهب فأجازوه بنحو مضيق على أساس عقد السلم وعرف الناس، واشترط شروط السلم فيه، ومنها تعجيل كامل البدل في مجلس العقد^(١).

واتفق الجميع على أنه لا بد فيه من بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته، لأنه مبيع، فلا بد فيه من كونه معلوماً، والعلم يحصل بما ذكر. وقد أجاز الصحابان من الحنفية عقد الاستصناع، سواء حدد فيه أجل أو لم يحدد، لأن العادة جارية بتحديد الأجل فيه.

تكييف عقد المقاولة في الفقه الإسلامي بحسب التزام المقاول

تبين من تعريف المقاولة المتقدم، ومن بيان حالتي المقاولة أن المقاولة تتردد بين أن تدخل تحت ما يعرف في الفقه بعقد الاستصناع أو بعقد الإجارة على العمل.

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢١٦/٣، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٨٩، المغني لابن قدامة ٢٧٦/٤.

أما حالة شبه المقاولة بالاستصناع وهو نوع من البيوع: فتكون في حالة تقديم المقاول لإنجاز تعهده أو التزامه المادة الأولية اللازمة كلها أو بعضها، والعمل أو الخبرة التي لا بد منها للتصنيع، وهكذا شأن الصانع في الاستصناع وهو الغالب عادة، حينما يلتزم بإنجاز شيء، والمادة من عنده، بالإضافة لعمله، كأن يصنع أبواباً لمنزل أو غيره، أو غرفة أثاث للنوم أو صالة الاستقبال، بحسب النموذج المتفق عليه، وتكون الأخشاب من عنده، وهو القائم بالعمل أو الخبرة المتخصصة لذلك.

وأما حالة شبه المقاولة بعقد الإجارة على العمل: فتظهر حين اقتصار التزام المقاول على تنفيذ العمل المتفق عليه، على أن يقدم رب العمل المواد اللازمة لذلك، سواء أكانت مادة مستهلكة يستخدمها المقاول، أم كانت مادة استعمالية يستعين بها المقاول في القيام بعمله. وهكذا شأن القائمين بإجارة الأعمال وهي: التي تعقد على عمل معلوم، كبناء وخياطة ثوب، وحمل إلى موضع معين، وصبغة ملابس، وإصلاح حذاء ونحوه. والمراد: الأجير المشترك أو العام وهو: الذي يعمل لعامة الناس كالصباغ والحداد والكواء ونحوهم، وليس الأجير الخاص أو أجير الوحد وهو: الذي يعمل لشخص واحد، لمدة معلومة^(١).

لكن عقد المقاولة أصبح منفصلاً عن كل من عقد البيع أو الاستصناع، وعقد الإيجار، بعد أن كان مختلطاً بهما في المجلة، وصار عقد المقاولة عقداً ملزماً للجانبين ومن عقود المعاوضة، يقع التراضي فيه على العمل المطلوب تأديته من المقاول، وعلى المقابل الذي يتعهد رب العمل بأدائه.

(١) البدائع ٤/١٧٤، تكملة فتح القدير ٧/٢٠٠، تبين الحقائق للزبيعي، ٥/١٣٣ وما بعدها.

وأصبح عقد المقاولة متميزاً عن عقدي العمل والوكالة، والذي يميز المقاولة عن عقد العمل هو: أن المقاول لا يخضع لإرادة رب العمل وإشرافه، بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما، ومن ثمّ فلا يعتبر المقاول تابعاً لرب العمل، ولا يسأل رب العمل عن المقاول مسؤولية المتبوع عن تابعه.

وأما ما يميز المقاولة عن الوكالة فهو: أن المقاول - وهو يؤدي العمل لمصلحة رب العمل - لا ينوب عنه وإنما يعمل مستقلاً عنه. على عكس الوكيل وهو الذي يقوم بالتصرف القانوني لمصلحة موكله، يكون نائباً عنه، ويمثله في التصرف الذي يقوم به، فينصرف أثر هذا التصرف إلى الموكل.

والخلاصة: إن الفقه الذي صاغته المجلة يميز بين الاستصناع وهو نوع من البيوع الذي يقدم فيه الصانع العمل والعين (المادة) معاً غالباً، وبين استئجار أرباب الحرف والصناع، وهو إجارة على العمل، يقدم الأجير فيها عمله فقط، ويكون أجيراً مشتركاً إذا كان غير مقيد بأن يعمل للمستأجر فقط دون غيره.

أما القوانين الحديثة الآخذة بنظام عقد المقاولة: فجمعت بين الصورتين تحت لواء المقاولة، ففي كل من حالتي تقديم مواد العمل المتقدمتين، يكون العقد مقاولة، وليس إجارة في حالة تقديم المقاول العمل فقط، ولا استصناعاً في حالة تقديم المقاول العمل والمادة معاً.

وإذا قدّم المقاول مواد العمل كلها أو بعضها، وجب أن تكون هذه المواد مطابقة للشروط والمواصفات المتفق عليها. فإذا لم تكن هناك شروط أو مواصفات، وجب على المقاول أن يتوخى في اختيار المواد أن تكون وافية بالغرض المقصود، وإذا لم تبين درجة المواد من حيث جودتها، ولم يكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر،

التزم المقاول بتقديم مواد من صنف متوسط طبقاً للقواعد العامة. وعلى المقاول أيضاً ضمان المواد المقدمة وفقاً لأحكام الضمان في عقد البيع، لأنه يكون في هذه الحالة بائعاً للمواد التي يقدمها^(١).

وإذا كانت مواد العمل مقدمة من صاحب العمل، فإنه يجب على المقاول في هذه الحالة أن يحافظ على المواد المسلمة إليه، وأن يبذل في المحافظة عليها عناية الشخص، لأنه أمين عليها، فإذا أخل بهذه العناية كان مسؤولاً عن هلاكها أو ضياعها. وعليه أن يستخدم هذه المواد طبقاً لأصول الفن الصناعي، فيتجنب الإفراط والتفريط فيها، ويستعمل منها القدر اللازم لإنجاز العمل دون نقص أو زيادة، طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية، فيكون عبء إثبات إهمال المقاول أو عدم بذله عناية الشخص العادي، أو بقصور كفايته الفنية في جعل المواد أو بعضها غير صالح للاستعمال يقع على رب العمل^(٢).

صور إبرام عقد المقاولة:

تتبع من استقصاء صور إبرام عقد المقاولة أنها ثلاث وهي ما يأتي:

أ- عقد المقاولة مباشرة بين المقاول والمستفيد

هذه هي الصورة الغالبة الوقوع في إبرام عقد المقاولة وتنفيذه، حيث يتم الاتفاق مباشرة بين المقاول المنفذ، وبين المستفيد من إنجاز العمل، وحيث أنه سهل معرفة بنود الاتفاق، والتزامات المقاول التي ستذكر بعدئذ، وكذلك التزامات صاحب العمل أو المستفيد من العمل بمقتضى عقد المقاولة، وطبقاً للشروط الواردة فيه.

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص ٤٨٣-٤٨٤.

(٢) المرجع السابق، ص ٤٨٤ وما بعدها.

ولا تثير هذه الصورة غالباً إشكالات تتصادم مع طبيعة عقد المقاولة.

ب- عقد المقاولة من الباطن أو ما يسمى المقاول الثاني

تقع هذه الصورة في الغالب في مقاولات المباني والإنشاء، حيث تتعدد الأعمال وتتشعب، فيتنازل المقاول الأول عن مهامه في التنفيذ إلى مقاول ثانٍ.

فإذا اتفق مقاول مع شخص آخر (صاحب العمل أو المستفيد) على أن يقوم له بعمل معين، فإذا شرط في العقد أن يقوم به بنفسه أو كانت طبيعة العمل تقتضي ذلك، فليس للمقاول أن يكبل تنفيذ العمل كله أو بعضه إلى شخص آخر. وهذا حكم مقرر معروف في فقهننا في عقد الوكالة.

وإن لم يكن هناك شرط أو مقتضى طبيعة عمل، فللمقاول أن يتفق مع مقاول آخر على تنفيذ العمل كله أو بعضه، وتبقى مسؤولية المقاول الأول قائمة قبّل صاحب العمل، ولا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول إلا إذا أحاله على رب العمل^(١).

وتكون هذه المقاولة من الباطن صحيحة، وتنفذ في حق رب العمل، وتكون العلاقة فيما بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن علاقة رب عمل بمقاول، ينظمها عقد المقاولة من الباطن.

وهذا الحكم مأخوذ من فقه المذهب الحنفي في حالة الاتفاق مع الأجير على أن يعمل بنفسه أو كان العقد مطلقاً عن الشرط^(٢).

ويلاحظ أن مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول من الباطن

(١) انظر (م ٨٩٠-٨٩١) إماراتي، (٧٩٨-٧٩٩) أردني، (٦٨٠-٦٨٣) كويتي.

(٢) المجلة (م ٥٧١-٥٧٣) / مرشد الحيران (م ٦٢١، ٦٢٦، ٦٢٧) العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، وهبة الزحيلي، ص ٢٨٠.

هي: مسؤولية عقدية، تنشأ من عقد المقاولة الأصلي، وليست مسؤولية متبوع عن تابعه، فالمقاول من الباطن يعمل مستقلاً عن المقاول الأصلي ولا يعتبر تابعاً له. وتقوم هذه المسؤولية على افتراض أن كل أعمال المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة إلى رب العمل أعمالاً صادرة من المقاول الأصلي، ومن ثم يكون مسؤولاً قبّله عنها^(١).

والأصل ألا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل وبين المقاول من الباطن إذ لا يربطهما أي تعاقد، فلا يطالب أيهما الآخر مباشرة بتنفيذ التزاماته، وإنما يكون للمقاول من الباطن طبقاً للقواعد العامة أن يرجع على رب العمل في خصوص البدل أو المقابل المستحق له قبل المقاول الأصلي، بطريق الدعوى غير المباشرة.

والخلاصة: إن القوانين الإسلامية أجازت للمقاول أن يقاوم من الباطن في كل العمل أو في جزء منه ما لم يمنعه من ذلك شرط في العقد^(٢) أو تكون طبيعة العمل تتطلب الاعتماد على الكفاية الشخصية للمقاول، كأن يكون العمل محل المقاولة عملاً فنياً اعتمد فيه صاحب العمل على كفاية المقاول الشخصية في هذا العمل أو ما اشتهر عنه في أدائه، فعندئذ يتحتم أن يقوم المقاول بالعمل شخصياً^(٣).

ج- عقد المقاولة مع تخلل مؤسسة مالية

أفرزت الحياة الاقتصادية أنشطة استثمارية غير مباشرة، منها هذه

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي، ص ٤٩٥ وما بعدها، وللقانون الأردني، ص ٥٨٦، وللقانون الإماراتي، ص ٨٠١.

(٢) وهذا يوافق في الجملة ما نصت عليه المجلة في المواد (٥٧١-٥٧٣) ومضمونها أن الأجير الذي استؤجر على أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره، لكن لو أطلق العقد حين الاستئجار، فلأجير أن يستعمل غيره.

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي، المرجع والمكان السابق.

الصورة، بأن تلتزم مؤسسة مالية ببناء عمارة شاهقة، أو مصنع كبير، أو سفينة أو سفن أو طائرات ونحو ذلك، لكنها لا تقوم بنفسها بالإشراف على التنفيذ، وإنما تتفق مع جهة أخرى متخصصة تنفذ المشروع حسب المواصفات والشروط التي التزمتها من حيث البذل والمدة ويكون لها هامش ربح، بشرط انفصال أو استقلال عقد المقاولة الثاني عن العقد الأول.

وهذا سائغ شرعاً على أساس ما يعرف بالاستصناع الموازي، ويمكن قبوله في القوانين الإسلامية تحت مظلة عقد المقاولة من الباطن.

والاستصناع الموازي: عقد جديد مستقل عن عقد الاستصناع الأول، يحقق المطلوب في العقد الأول ويراعي المواصفات المتوافقة مع العقد الأول، مع ملاحظة زمن التسليم المحدد فيهما. ويتمكن الطرف الثالث من تنفيذ مقتضى أو موجب العقد الثاني بصفته بائعاً، مما يستحق له بالعقد الأول بصفته مشترياً. ويتم تسليم المصنوع بصفة جزئية أو متدرجة في مواعيد معلومة، ولا مانع من هذا شرعاً. وإذا لم ينفذ الطرف الثالث موجب العقد لسبب طارئ، وجب عليه أداء موجب العقد في أي جهة أخرى تصنع المصنوع، ويعد التأخر في التسليم سبباً للتعويض على أساس الشرط الجزائي المشروع في أداء عمل، وغير المشروع في تسليم النقود.

صور تحديد البذل في المقاولة

يتم تحديد البذل في عقد المقاولة الذي يشمل الثمن في الاستصناع، والأجر في إجارة الأعمال بالتراضي المتبادل بين العاقدين، الذي هو الأساس الذي تقوم عليه العقود المختلفة، قال الله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا بِحُكْمٍ عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩/٤]. وقال النبي (: «إنما البيع عن تراض»^(١).

(١) حديث حسن رواه ابن ماجه عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

وأشكال التراضي ثلاثة:

أ- تحديد البدل بمبلغ إجمالي

هذه هي الصورة النمطية التي تتم عادة أو غالباً بين أصحاب الأعمال وبين المقاولين، فيجري تحديد البدل بمبلغ مقطوع مقابل إنجاز البناء في مدة معينة، أو تركيب المصنع، أو تصنيع الحافلة أو الطائرة أو السفينة ونحو ذلك من أشكال المقاوله وصورها التي كثر الاعتماد عليها، وزاد حجمها زيادة واسعة لها أثرها في اقتصاد البلاد وفي أوضاع العاملين في قطاع التعمير والإنشاء والتصنيع، مما جعل المقاوله ذات أهمية اقتصادية واجتماعية. وتحقق مصلحة الطرفين المتعاقدين بالاتفاق على وفاء البدل تدريجاً كل فترة زمنية أو بحسب إنجاز قدر معين من العمل، يدخل فيه هامش الربح الذي يحصل عليه المقاول. وهذا جائز من غير شك، لاعتماده على التراضي أو الاتفاق.

نصت المادة (١/٧٩٥) من القانون الأردني والإماراتي (م٨٨٧) على ما يأتي:

«إذا وقع عقد المقاوله بموجب تصميم متفق عليه لقاء بدل إجمالي، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر يقتضيها تنفيذ هذا التصميم».

ب- تحديد البدل بالتكلفة ونسبة ربح

قد يتم إبرام عقد المقاوله على أن يحدد البدل بمقدار التكلفة الفعلية للمشروع بعد إنجازه، مع إضافة نسبة ربح مئوية مثل (١٠ أو ١٥٪) أو أكثر من ذلك من التكلفة الواقعية. وتحسب التكلفة بحسب الفواتير التي يقدمها المقاول لصاحب العمل، ويضم إليها نسبة الربح. وهذا جائز شرعاً بحسب المقرر في المذهب الحنبلي من مشروعية إعطاء نسبة مئوية من الربح في شركة المضاربة.

قال ابن قدامة:

أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه أو ما يجمعان عليه، بعد أن يكون ذلك معلوماً جزءاً من أجزاء، ولأن استحقاق المضارب الربح بعمله، فجاز ما يتفقان عليه من قليل المال وكثيره، كالأجرة في الإجارة، وكالجزء من الثمرة في المساقاة والمزارعة^(١).

وفي الإجارة وإن كان الشرط كون الأجرة معلومة غير مجهولة بلا خلاف بين العلماء، لكن أجازته الحنابلة بجزء من نماء العمل. قال ابن قدامة: فإن قيل: فقد جوّزتم دفع الدابة إلى من يعمل عليها بنصف ربحها، قلنا: إنما جاز ثمّ، تشبيهاً بالمضاربة، لأنها عين تنمى بالعمل، فجاز اشتراط جزء من النماء، والمساقاة كالمضاربة، وهو قول الشافعي أيضاً^(٢).

ج- تحديد البديل على أساس سعر وحدة قياسية (متر مربع، متر مسطح..)

لامانع شرعاً أيضاً من تحديد البديل المستحق للمقاول على أساس الإنجاز الجزئي، كسعر وحدة قياسية، مثل متر مربع أو متر مسطح، أو مقدار مساحة بأصول معينة متعارف عليها بين الصناع أو المقاولين. لأنه إذا جاز تحديد البديل بالتكلفة غير المعلومة سلفاً في مقدارها الكلي بنحو دقيق، كما تقدم، جاز تحديد البديل بمقدار ما ينجز جزئياً، لارتباط تقدير البديل بعمل معلوم محدّد بوحدة قياسية متفق عليها بين العمال وأرباب

(١) المغني ٢٦/٥-٢٧.

(٢) المرجع السابق، ٤٠٥/٥، لكن لم يجرز الحنابلة استئجار راع لغنم بثلاث درهما ونسلها وصوفها وشعرها أو نصفه أو جميعه، لأن النماء الحاصل في الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها، فلم يمكن إلحاقه بذلك.

العمل، لأنه لا يثير منازعات أو مشكلات، فتصير كل وحدة قياسية لها بدل معلوم. ومرجع الجواز في هذه الصورة والتي قبلها هو العرف والعادة في التعامل الشائع أو الدارج بين الناس دون أن يصادم ذلك نصاً شرعياً في القرآن والسنة النبوية.

نص القانون الكويتي (م٨٨٦) على ما يأتي:

١- إذا كان العمل مكوناً من عدة أجزاء أو كان المقابل محدداً على أساس الوحدة، جاز للمقاول أن يستوفي من المقابل بقدر ما أنجز من العمل بعد معاينته وتقبله، على أن يكون ما تم إنجازه جزءاً متميزاً أو قسماً ذا أهمية كافية بالنسبة إلى العمل في جملته، وذلك ما لم يتفق على خلافه.

٢- ويفترض فيما دفع المقابل عنه: أنه قد تمت معاينته وتقبله، ما لم يثبت أن الدفع كان تحت الحساب.

حكم الإضافات والتعديلات

مما لا شك فيه أن كل إضافة أو تعديل على التصميم المتفق عليه لا يلزم به المقاول، إلا إذا وجد اتفاق جديد على البديل المستحق لهذه الإضافات أو التعديلات.

وقد نصت القوانين المدنية الإسلامية^(١) على استثناء زيادة المقابل في حالتين:

الأولى: حالة تعديل التصميم أو زيادة التكاليف لسبب يرجع إلى رب العمل، كأن يقدم معلومات خطأ عن الأبعاد التي يريد لها للبناء أو يتأخر

(١) القانون المدني الكويتي (م٦٩٠) الأردني (م٢/٧٩٥) الإماراتي (م٨٨٧) والمذكرات الإيضاحية لهذه القوانين.

في الحصول على الترخيص، أو في تقديم الأرض التي يتم البناء عليها، فينجم عن ذلك تحميل المقاول بنفقات أو تكاليف إضافية. وهذا حق وعدل؛ لأن صاحب العمل هو المتسبب في التعديل، ويرجع ذلك إلى فعله.

الثانية: إذا حدث في التصميم تعديل أو إضافة بإذن أو رغبة صاحب العمل وهذا أيضاً عذر مقبول لأن التعديل نشأ عن إذن صاحب العمل، فعليه دفع زيادة التكلفة وبدل أو مقابل العمل الذي يقوم به المقاول.

وهناك حالة ثالثة خاصة وهي:

حالة إقامة بناء أو إنشاء على أرض مقدمة من صاحب العمل إذا كانت تشوبه عيوب تبلغ من الجسامة حداً يجعله غير صالح للاستعمال المقدر له، ويقتضي الأمر إزالته، والإزالة قد ترتب أضراراً بالغة للمقاول، فلا يكون لصاحب العمل إلا طلب إنقاص المقابل، أو إلزام المقاول بإصلاح العيب إن كان ممكناً دون إزالة البناء أو الإنشاء، وكل ذلك دون إخلال بالحق في التعويض إن كان له مقتضٍ^(١).

والخلاصة: إن حكم الإضافات والتعديلات هو إلزام صاحب العمل بها، ولا يتحمل المقاول عبء الإضافة أو التعديل لأن ذلك زائد عن مضمون المقاولة المتفق عليه.

حكم تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز بدلاً من تواريخ محددة

قد يجد صاحب العمل أن أداء الدفعات المالية بحسب مراحل إنجاز العمل يضمن له سرعة الإنجاز في الوقت المحدد، بدلاً من ربط الدفعات بأوقات زمنية محددة، فتتحقق مصلحته، ويضمن إلى أن سير خطة التنفيذ

(١) (م ٦٩١) مدني كويتي.

على نحو أفضل وأحكم وأضمن. وهذا جائز شرعاً لا إشكال فيه، لأن الدفعات قد تكون كما تقدم على أساس سعر وحدة قياسية معينة، أو بحسب مقدار الإنجاز في أعمال المشروع، لأن أساسه التراضي الذي لا يتصادم مع مقتضى العقد.

أحكام المقاولة أو آثارها

كل عقد ينشئ التزامات على عاتق الطرفين المتعاقدين، والمقاولة كغيرها من العقود ترتب التزامات معينة على كل من صاحب العمل والمقاول.

١- التزامات صاحب العمل

فهي منصوص عليها في القوانين المدنية الإسلامية^(١)، وهي مستمدة من الفقه الحنفي^(٢) وهي ما يأتي^(٣):

١- تسلّم ما تم من العمل بعد إنجازه: على صاحب العمل تسلّم ما تم من العمل، متى أنجزه المقاول ووضعه تحت تصرفه، فإذا امتنع بغير سبب مشروع، على الرغم من إنذاره رسمياً، وتلف في يد المقاول أو تعيب دون تقصير منه، فلا ضمان عليه، لأن المقاول (أو الأجير الخاص) أمين على ما في يده، فلا يضمن ما تلف في يده من غير تعد ولا تقصير.

٢- دفع الأجرة عند تسلّم المعقود عليه: على صاحب العمل دفع البديل المتفق عليه عند تسلّم العمل المعقود عليه، لأن الأجرة تلزم باستيفاء المنفعة ما لم يتفق أو يتعارف على غير ذلك.

(١) انظر القانون الكويتي (٦٧١-٦٧٩) الإماراتي (٨٨٤-٨٨٩) الأردني (م٧٩٢-٧٩٧).

(٢) المجلة (م٢٢٥، ٢٢٦، ٤٣٩، ٤٦٦).

(٣) العقود المسماة في القانونين الإماراتي والأردني، وهبة الزحيلي، ص ٢٧٩-٢٨٠.

فإذا كان عقد المقاولة على أساس الوحدة، مثل كل بناء على حدة، وبمقتضى تصميم معين، ثم تبين أن تنفيذ التصميم يقضي زيادة جسيمة في النفقات، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد، مع إيفاء المقاول حقه عما أنجزه من الأعمال مقدرة على وفق شروط العقد.

أما إن كان تنفيذ العمل على أساس تصميم لقاء أجر إجمالي، فليس للمقاول المطالبة بأية زيادة في الأجر.

وإذا لم يعين في العقد أجر على العمل، استحق المقاول أجر المثل، مع قيمة المواد التي يتطلبها العمل.

وإذا لم يتفق المهندس الذي صمم البناء وأشرف على تنفيذه على الأجر، استحق أجر المثل حسب الجاري عرفاً، فإن طرأ ما يحول دون إتمام تنفيذ العمل وفقاً للتصميم الذي أعده، استحق أجر مثل ما قام به من عمل دون الباقي.

٢- التزامات المقاول

فقد نصت القوانين الإسلامية^(١) أيضاً على هذه الالتزامات وهي أيضاً مأخوذة من الفقه الحنفي^(٢) وهي ما يأتي^(٣):

١- المسؤولية عن جودة مادة العمل: إذا تعهد المقاول تقديم مادة العمل كلها أو بعضها، وهي المواد الأولية، كان مسؤولاً عن جودتها على وفق شروط العقد أو العرف الجاري.

(١) انظر القانون الكويتي (٦٦٦-٦٧٠) والأردني (٧٨٣-٧٩١) والإماراتي (٨٧٥-٨٨٣).

(٢) المجلة (م٤٣، ٥٨، ٨٣، ٨٥، ٨٧، ٨٨، ٣٩٢، ٤٠٣، ٤٨٢، ٤٨٣، ٥٧٤، ٦٠٨، ٦٠٩، ٦١١، ٨٩١، ١٣٨٧، ١٣٩٨، ١٦٦٠، ١٨٠١).

(٣) العقود المسماة، المرجع السابق، ص ٢٧٧-٢٧٩.

٢- الحفاظ على مصلحة صاحب العمل: إذا قَدَّم صاحب العمل مادة العمل، وجب على المقاول الحرص عليها ومراعاة الأصول الفنية في صنعها، وردَّ ما بقي منها لصاحبها، لأنه أمين على مصلحة صاحب العمل، فإن أهمل أو قصر في ذلك، فتلفت أو تعيبت أو فقدت، فعليه ضمانها.

٣- تقديم ما يحتاجه إنجاز العمل من آلات وأدوات: على المقاول أن يأتي عملاً بمقتضى العقد بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية على نفقته، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك.

٤- إنجاز العمل بحسب شروط العقد: يجب على المقاول إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد، فإذا أخل بشروط منها، جاز لصاحب العمل طلب فسخ العقد في الحال إذا تعذر إصلاح العمل.

وأما إذا كان إصلاح العمل ممكناً، كان لصاحب العمل إنذار المقاول بتصحيح العمل خلال أجل معقول، فإذا انقضى الأجل دون إتمام التصحيح، جاز له أن يطلب من القاضي فسخ العقد أو الترخيص له في العهدة لمقاول آخر بإتمام العمل على نفقة المقاول الأول.

٥- ضمان الضرر أو الخسارة: يضمن المقاول ما تولد عن فعله أو صنعه من ضرر أو خسارة، سواء أكان بتعديه أم بتقصيره أم لا، لأنه (كالأجير المشترك) ضامن لما يسلم إليه من أموال الناس.

ويستثنى من ذلك ما إذا وقع الضرر بسبب حادث لا يمكن التحرز عنه، عملاً بالقاعدة الشرعية: «كل ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه».

فإن كان محل عقد المقاولة إقامة مبانٍ أو منشآت ثابتة أخرى، يصممها المهندس وينفذها المقاول تحت إشرافه، كانا متضامنين في

التعويض لصاحب العمل عما يحدث خلال عشر سنوات تبدأ من وقت تسليم العمل، من تهدم كلي أو جزئي في البناء، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته، إذا لم يتضمن العقد مدة أطول، حتى ولو كان الخلل أو التهدم ناشئاً من عيب في الأرض ذاتها، أو رضي صاحب العمل بالعيب.

وإذا اقتصر عمل المهندس على وضع التصميم دون الإشراف على التنفيذ، كان مسؤولاً فقط عن عيوب التصميم، لأن «الخراج بالضمان» أو «الغرم بالغنم».

ويبطل كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه، لأن ذلك يتنافى مع المصلحة ومع حق الآخرين.

واحتياطاً من القانون المدني الإسلامي أبان أنه لا تسمع دعوى الضمان بعد انقضاء ثلاث سنوات على حصول التهدم أو اكتشاف العيب، أخذاً بمبدأ المنع من سماع الدعوى وتخصص القضاة.

وأما حق المقاول في الأجر أو البدل: فمأخوذ من مذهب الحنفية في ضمان الأجير المشترك، بحسب التفصيل الآتي:

أ- إذا كان لعمل المقاول أثر في العين التي يعمل فيها، كالخياط والصباغ، جاز له حبسها، حتى يستوفي الأجرة المستحقة، وإذا تلفت في يده قبل سداد أجره، فلا ضمان عليه ولا أجر له.

ب- وأما إذا لم يكن لعمله أثر في العين كالحمال والملاح، فليس له أن يحبسها لاستيفاء الأجرة، فإن فعل وتلفت، كان عليه ضمان الغصب وهو أنه يضمن الشيء، أي كان سبب تلفه، قضاء وقدرأ، أو بالتعدي أو بالتقصير.

انقضاء المقاولة

نصت القوانين المدنية الإسلامية^(١) على حالات انتهاء أو انقضاء المقاولة وهي الحالات المشابهة لحالات انتهاء الإجارة لدى الحنفية^(٢):

١- إنجاز العمل المتفق عليه: إذا أنجز المقاول العمل المطلوب منه، لم يبق مسوغ لبقاء عقد المقاولة.

٢- فسخ العقد بالتراضي أو بالقضاء: ينتهي العقد باتفاق الطرفين على إنهائه أو فسخه، فإن لم يتفقا على ذلك، جاز فسخه قضاءً بطلب أحد الطرفين.

٣- فسخ العقد لعذر: إذا حدث عذر يحول دون تنفيذ العقد، أو إتمام تنفيذه، جاز لأحد عاقيه أن يطلب فسخه أو إنهائه حسب الأحوال، كما تفسخ الإجارة في مذهب الحنفية بالأعذار الطارئة. فإذا تضرر أحد العاقلين بالفسخ، جاز له مطالبة الطرف الآخر بالتعويض المتعارف عليه.

٤- عجز المقاول عن إتمام العمل: إذا أصبح المقاول عاجزاً عاجزاً كلياً عن إتمام العمل لسبب لا يد له فيه من مرض أو حادث جسيم، فإن المقاولة تنتهي، ويستحق المقاول قيمة ما أتم من الأعمال وما أنفق في سبيل التنفيذ.

٥- موت المقاول: ينتهي عقد المقاولة بموت المقاول إذا كان متفقاً مع صاحب العمل على أن يعمل بنفسه أو اعتباراً بمؤهلاته الشخصية.

فإن لم يكن هناك مثل هذا الشرط أو لم تكن مؤهلات المقاول

(١) انظر القانون الكويتي (م٦٨٥-٦٨٨) القانون الأردني (م٨٠٠-٨٠٤) القانون الإماراتي (م٨٩٢-٨٩).

(٢) المجلة (م٥٧١-٥٧٣) مرشد الحيران (م٦٢١، ٦٢٦، ٦٢٧).

الشخصية محل اعتبار في التعاقد، جاز لصاحب العمل طلب فسخ العقد إذا لم تتوافر في الورثة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل.

وفي حال الموت أو الفسخ يدخل في التركة قيمة ماتم من الأعمال والنفقات بحسب شروط العقد وبمقتضى العرف.

حكم الشرط الجزائي

الشرط الجزائي في القانون: هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه.

وهو داخل تحت مضمون الحديث النبوي: «المسلمون على شروطهم»^(١). وأيد ابن القيم العمل به بما رواه البخاري في صحيحه في باب ما يجوز من الاشتراط من حديث ابن سيرين أن القاضي شريح قال: «من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه»^(٢).

وأيد الأخذ به قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في الدورة الخامسة بتاريخ ٥-٢٢/٨/١٣٩٤ بالطائف، ومضمونه إقرار التعويض عن الخسارة الواقعة والربح الفائت بقولها: «ما فات من منفعة أو ألحق من مضرة».

لكن هذا القرار وإن صدر مطلقاً، فينبغي تقييده في تعويض الأضرار عن إنجاز الأعمال كالمقاولات، وليس في الديون أو التأخر في سداد

(١) رواه الترمذي وصححه، وفي لفظ أبي داود: «والمؤمنون على شروطهم» من حديث عمرو بن عوف المزني ونصه: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً».

(٢) أعلام الموقعين ٣/٤٠٠ تحقيق الشيخ محيي الدين عبد الحميد.

القروض، فذلك عين الربا حينئذ، لذا كان قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشر بالرياض بتاريخ ١٤٢١/٦/٢٥ - غرة رجب سنة ١٤٢١ (٢٣-٢٨/٩/٢٠٠٠) أدق وأحكم، حيث جاء في الفقرة ثالثاً- ما يأتي: يجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترناً بالعقد الأصلي، كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحق قبل حدوث الضرر.

وفي الفقرة رابعاً: يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية، ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، فإن هذا من الربا الصريح.

وبناء على هذا، فيجوز هذا الشرط -مثلاً- في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورّد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه.

ولا يجوز - مثلاً - في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية، سواء كان بسبب الإعسار أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه.

والفقرة خامساً: الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي.

والفقرة سادساً: لا يُعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد.

يتبين من هذا القرار والدراسات الفقهية التي قدمت للمجمع قبل انعقاد دورته أنه يجوز في المقابلة الأخذ بالشرط الجزائي، منعاً من تأخر المقاول من إنجاز عمله في الوقت المحدد في صلب عقد المقابلة إذا

نص في عقد المقاولة بين العاقدين على الأخذ بمقتضاه، أو باتفاق لاحق قبل حدوث الضرر.

البراءة من العيوب في المقاولة

المقاولة كما عرفنا تشمل عقدي الاستصناع والإجارة على الأعمال، وكلاهما ينطبق عليه ما قرره الفقهاء في مسألة البراءة من العيوب، أي عدم المسؤولية أو عدم الضمان عما يمكن أن يظهر من عيوب في المبيع. وللفقهاء في هذا الموضوع ثلاثة اتجاهات:

١- اتجاه جمهور الحنفية^(١):

تصح المقاولة أو البيع بشرط البراءة من كل عيب، وإن لم تعين العيوب بتعداد أسمائها، سواء أكان العاقد جاهلاً بوجود العيب في مبيعه، فاشتراط هذا الشرط احتياطاً، أم كان عالماً بعيب المبيع، فكتمه عن المشتري، واشتراط البراءة من ضمان العيب ليحمي بهذا الشرط سوء نيته، فيصح العقد، لأن الإبراء إسقاط لا تمليك، والإسقاط لا تفضي الجهالة فيه إلى المنازعة، لعدم الحاجة إلى التسليم.

ويشمل هذا الإبراء كل عيب موجود قبل العقد أو حادث بعده قبل القبض، فلا يكون المشروط عليه مستحقاً ردّ المعقود عليه إلى العاقد الآخر وهو المماثل في المقاولة.

وهذا هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، لأن غرض المشتراط لهذا الشرط وهو المماثل هنا التوصل إلى إلزام العقد في كل حال، ولا يتحقق هذا الغرض إلا بشمول العيب الحادث قبل التسليم، فيكون داخلياً ضمناً.

(١) البدائع ٥/٢٢٧، فتح القدير ٥/١٨٢، الدر المختار ورد المحتار ٤/١٠٠.

٢- اتجاه أغلب الفقهاء الآخرين (محمد بن الحسن وزفر والحسن بن زياد، ومالك والشافعي)^(١):

يشمل شرط البراءة من العيوب: العيب الموجود عند العقد فقط، لا الحادث بعد وقبل القبض، لأن البراءة تتناول الشيء الثابت الموجود، حيث إن الإبراء عن المعدوم لا يتصور، والحادث لم يكن موجوداً عند العقد، فلا يدخل تحت الإبراء.

لكن قصر الملكية صحة شرط البراءة عن العيوب على عيوب الرقيق فقط، إذا طالت إقامة العبد عند بئعه، أما غير الرقيق أو الرقيق الذي لم تطل إقامته عند مالكة فلا تصح البراءة عنه، إي إنهم لا يجيزون البراءة عن العيوب في المقاولات.

والأظهر عند الشافعية حصر البراءة عن كل عيب باطن بالحيوان خاصة، إذا لم يعلمه المالك، ولا يبرأ عن عيب بغير الحيوان كالثياب والعقار مطلقاً، أي إنهم مثل الملكية لا يجيزون البراءة في المقاولات.

٣- اتجاه الحنابلة على الراجح عندهم^(٢):

إن البراءة عن كل عيب أو من عيب معين موجود لا يصح، ويحرم العقد بيعاً أو غيره، ولا يبرأ المشتري، إذا علم بالعيب، ولا يحرم إن لم يعلم بالعيب.

والخلاصة: يجيز الحنفية دون غيرهم من العلماء البراءة عن العيوب في المقولة.

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١١٩/٣، الشرح الصغير ١٦٤/٣، مغني المحتاج ٥٣/٢.

(٢) المغني ١٧٨/٤، غاية المنتهى ٢٧/٢، منار السبيل، ص ٢٨٠، ط المكتب الإسلامي.

حكم تحديد ضمان العيوب بمدّة معينة والبراءة بعدها

ليس من المعقول ولا من المقبول شرعاً تحقيقاً للعدالة وتوازن المصالح بين عاقدَي المقاولة تحمل المقاول تبعه ضمان العيوب المحتملة أو التي قد تقع في المستقبل لمدة طويلة أو مفتوحة، وإنما لا بد من تحديد مدة معينة لتوجيه المسؤولية له، ثم يصبح بريئاً بعدها، وهذا ما عليه عرف المقاولات وواقع تنفيذ الأعمال.

وقد حسمت القوانين الإسلامية هذا الحكم وأنهت مشكلة المدة، وقررت كما تقدم في بيان التزامات المقاول بأنه إن كان محل عقد المقاولة إقامة مبانٍ أو منشآت ثابتة أخرى، يصممها المهندس وينفذها المقاول تحت إشرافه، كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث خلال عشر سنوات، تبدأ من وقت تسليم العمل، من تهدم كلي أو جزئي في البناء، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول، حتى ولو كان الخلل أو التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها أو رضي صاحب العمل بالعيب. أي إن المسؤولية تظل قائمة ضمن هذه المدة، ولو حدث تراضي على الإعفاء منها أو التخفيف منها، رعاية للمصلحة العامة.

ويتبين من هذا أنه يمكن بالاتفاق أو التراضي بقاء المسؤولية عن العيوب لمدة أطول من عشر سنوات من تاريخ تسليم العمل، ويعد هذا التوجه مجالاً لتشديد المسؤولية وإطالة أمدّها، ضماناً لمصلحة صاحب العمل ورعاية النفع العام. :